

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut

— Sektion Rechtswissenschaft —

Nr. 264

herausgegeben von

Professor Dr. Dr. Dr. h.c. Georg RESS und Professor Dr. Torsten STEIN

Professor Dr. Jean-François Flauss

Universität de Strasbourg III

Les droits de l'homme comme élément
d'une constitution et de l'ordre européen

Europa Institut Institut für Europa-Recht
Inv. Nr. 93-VI — 214,1
Sign.: EF 1-264

Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes
Saarbrücken, den 22. Januar 1992

LES DROITS DE L'HOMME COMME ELEMENT D'UNE CONSTITUTION ET DE L'ORDRE EUROPÉEN

Les quarante dernières années, celles dites de la construction européenne, ont été marquées par la propagation en Europe d'un constitutionnalisme à l'américaine, cohabitant à l'occasion avec un constitutionnalisme à l'autrichienne.

Rétrospectivement on ne peut que s'étonner de la tardiveté de ce phénomène, même si les raisons qui l'expliquent sont bien connues.

En effet, à relire les textes de 1789, on a l'impression que la consécration du constitutionnalisme était imminente en France ... et par voie de contagion ou d'exportation dans les pays voisins.¹

La diffusion contemporaine en Europe d'un constitutionnalisme résolument orienté vers la défense des droits et libertés individuels s'est largement nourrie dans les Etats, mais également dans le cadre des tentatives d'intégration européenne², de la "juridicisation" des textes relatifs à la protection des droits de l'homme. On ne peut pas ne pas être frappé par l'évolution (voire même la mutation) très comparable, bien que non synchrone, de la Déclaration française de 1789 et de la Convention européenne des droits de l'homme. Il est nullement évident que la "positivisation" à outrance, ayant touché l'une et l'autre, ait correspondu à l'intention des auteurs de ces deux "bibles".³

Après trois à quatre décennies de maturation, un constitutionnalisme européen, nouvelle version, est en voie d'émergence, et même de cristallisation. Les droits de l'homme en constituent à l'évidence le noyau dur, d'ailleurs de plus en plus élargi.

¹ En guise d'illustration voir entre autres (1) la déclaration de Mounier au Comité de la Constitution le 9 juillet 1789: "Pour qu'une constitution soit bonne, il faut qu'elle soit fondée sur les droits de l'homme, et qu'elle les protège évidemment..." et (2) l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789: "Toute société dans laquelle la garantie des droits ... n'est pas assurée n'a pas de constitution".

² Voir sur ce point S. Perrakis, *La protection des droits de l'homme et les projets de l'intégration européenne*, Mélanges Ph. Végleris, Athènes 1988, p. 585-599.

³ En ce qui concerne la Déclaration de 1789 voir G. Bacot, *La Déclaration de 1789 et la Constitution de 1958*, R.D.P. 1989, p. 685 s. S'agissant de la CEDH voir G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica 1989, p. 22.

Devenus le centre de gravité des constitutions nationales (I), appelés à légitimer l'ordre européen (II), ils contribuent à la formation d'un droit constitutionnel européen commun (III).

I. Les droits de l'homme, pilier de la constitution.

Dans de très nombreux pays européens la résurrection de la notion de constitution a, plus ou moins consciemment et directement, puisé dans la théorie allemande des droits fondamentaux telle qu'elle avait été inscrite dans la loi fondamentale de 1949 (A). Pareille inspiration a également accompagné les avatars récents de la "constitution" communautaire (B).⁴

A. Les droits de l'homme, pilier de la constitution étatique

La valorisation de la constitution - charte des libertés - dans les démocraties libérales doit beaucoup à l'action constructive des juridictions constitutionnelles (a).⁵ C'est d'ailleurs pourquoi les ex-démocraties populaires se sont empressées de lier garantie des droits de l'homme et justice constitutionnelle (b).

a. ... dans les démocraties libérales

Pour illustrer le déplacement du centre de gravité des constitutions écrites, il est de coutume de se référer aux exemples allemand et italien, voire depuis la fin des années septante à ceux du Portugal et de l'Espagne, liste à laquelle il faut dorénavant inclure la France. La "réécriture" jurisprudentielle du Préambule de la Constitution de 1958 a donné naissance à une charte des libertés dont la richesse et la diversité désespèrent tous ceux qui souhaiteraient, au moyen d'une codification, contenir l'expansionnisme de la "constitution-limite", qui non seulement tend à réduire le droit constitutionnel institutionnel à la portion congrue, mais encore

⁴ Sur cette dernière notion, voir par exemple J.-V. Louis, *L'ordre juridique communautaire*, Publications des Communautés européennes, Bruxelles 1990, 5^{ème} édit., p. 72.

⁵ Sur ce point voir A. Von Brünneck, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation dans les démocraties occidentales*, A.I.J.C. 1988, spéc. p. 39 s.

irradie les branches du droit réputées les plus hermétiques à l'emprise des règles constitutionnelles.⁶

- De façon plus ponctuelle, mais ô combien importante, on peut se demander si l'impératif de la protection constitutionnelle des droits de l'homme n'est pas en passe de condamner la constitution coutumière du Royaume-Uni. En particulier, les "censures" répétées subies à Strasbourg devant la Cour européenne des droits de l'homme contribuent à accréditer l'idée de l'inéluctabilité d'une déclaration constitutionnelle des droits de l'homme.⁷

- Selon une opinion largement répandue, la garantie fédérée des droits de l'homme ne présenterait guère d'intérêt car elle serait presque toujours absorbée par la protection fédérale des droits fondamentaux.⁸

A la lumière des évolutions récentes, pour le moins du droit constitutionnel cantonal suisse, ce point de vue gagnerait à être nuancé.⁹ En effet, force est de constater que la garantie des droits de l'homme a été le principal facteur d'*aggiornamento* des constitutions cantonales. La renaissance du constitutionnalisme au plan fédéré s'est traduite par la reconnaissance de droits non protégés au plan fédéral.¹⁰ Elle a également conduit à l'alignement direct de certains droits fondamentaux sur le standard européen.¹¹ Elle autorise enfin le

⁶ A cet égard, la réaction d'un collègue commercialiste, sevré au droit constitutionnel de la IV^{ème} République et des premières années de la Cinquième, apparaît comme tout à fait typique de l'effectivité de la mutation constitutionnelle évoquée. Se familiarisant avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel intervenue dans son domaine de prédilection, il se disait choqué et presque scandalisé par l'assujettissement de pratiques mercantiles au respect de principes constitutionnels garantissant des droits fondamentaux.

⁷ En ce sens voir notamment les solutions préconisées dans certains des projets récents visant à doter la Grande-Bretagne d'une constitution écrite. D. Oliver Written, *Constitutions: Principles and Problems*, Parliamentary Affairs, vol. 45 no. 2, 1992, p. 135-152; contra la position de N.H. Andrews, *L'Angleterre doit-elle adopter une déclaration des droits assortis d'un contrôle de constitutionnalité des lois?*, AJC 1989, p. 35 ss.

⁸ Voir entre autres l'opinion de J.F. Aubert, *La constitution, son contenu, son usage*, Helbing et Lichtenbahn, 1991, no. 235.

⁹ Voir P. Häberle, *Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, insbesondere auf kantonaler Ebene*, J.Bö.R.G., Vol. 34, 1984, p. 303-424.

¹⁰ Telle la liberté artistique - Constitution glaronaise de 1988.

¹¹ Tel celui de la dignité humaine sur ce point. Voir P. Häberle, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, EuGRZ, 1991, p. 266, note 49.

développement d'un fédéralisme judiciaire, dès lors qu'une juridiction constitutionnelle fédérée est chargée de la sauvegarde du catalogue des droits.¹²

b. ... dans les anciennes démocraties populaires

Comme symbole de la valorisation, voire de la sacralisation (du moins apparente) de la protection des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels est-européens, l'on retiendra la formule de M. Gorbatchev dressant le 25 décembre 1991 dans son allocution de départ le bilan de son action à la tête de l'Etat soviétique: "Les droits de l'homme sont reconnus comme le principe suprême".

Avec une intensité différenciée, les traductions constitutionnelles de ce constat en forme de profession de foi se sont multipliées.

Même si elle n'était pas exempte d'ambiguïtés, la déclaration soviétique du 5 septembre 1991 dite "déclaration des droits et libertés de l'homme" pouvait être considérée comme significative de la volonté de l'URSS de se ranger dans le camp des Etats de droit. S'affirmant constitutive de droits ayant valeur constitutionnelle, cette déclaration n'hésitait pas à proclamer à titre liminaire que la valeur essentielle à la société soviétique, c'était la liberté et la dignité humaine.¹³

Précédemment déjà la déclaration tchécoslovaque sur les droits et libertés fondamentales du 9 janvier 1991 avait, elle aussi, fait sienne les valeurs et options inspirant l'idéologie européenne des droits de l'homme.¹⁴

De manière plus significative encore, la Constitution hongroise dès 1989 abordait la reconnaissance des droits et obligations fondamentaux¹⁵ dans une perspective d'alignement sur le droit de la CEDH, fort compréhensible pour un Etat candidat à

¹² En ce sens voir A. Auer, *Les constitutions cantonales: une source négligée du droit constitutionnel suisse*, ZBL 1990, pp. 14-25.

¹³ Pour plus de détails voir Th. Schweisfurth, *Moskau nach dem Putsch-Debakel. Die Deklaration der Rechte und Freiheiten des Menschen vom 5. September 1991*, EuGRZ 1991, p. 409 s.

¹⁴ Pour davantage de précisions voir M. Hoskava, *Die Charta der Grundrechte und Grundfreiheiten der CSFR*, EuGRZ 1991, p. 369 s.

¹⁵ Chapitre 12, articles 54 à 70 G.

l'adhésion du Conseil de l'Europe.¹⁶

Parallèlement, elle s'ingéniait à perfectionner le contrôle de constitutionnalité des lois, en instituant un contrôle des omissions législatives (technique encore fort peu développée dans les justices constitutionnelles à "l'occidentale"). Soucieuse de doubler la garantie constitutionnelle par une garantie conventionnelle, elle accorde à la Cour constitutionnelle compétence pour exercer (également) le contrôle de conventionnalité des lois.¹⁷

B. Les droits de l'homme, pilier de la constitution de la (des) Communauté(s) européenne(s)

L'ancrage de la constitution communautaire dans les droits de l'homme constitue une nécessité impérieuse pour une entité qui revendique de plus en plus fortement l'appellation de communauté de droit¹⁸, il est un antidote, pour le moins partiel, au déficit démocratique des communautés.

Néanmoins, la constitutionnalisation des droits de l'homme, pour incontestable qu'elle soit dorénavant dans le cadre communautaire, est loin d'être exempte de toute ambiguïté.

Pour preuve, il suffirait de se reporter au traité sur l'Union politique du 13 décembre 1991 pour constater que l'assujettissement de l'Union au respect des droits de l'homme s'opère au travers d'une formule, qui non seulement emprunte la technique du renvoi, mais qui surtout ne semble qu'entériner l'état du droit existant.

L'article F(2) dispose en effet comme suit: "L'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des

¹⁶ A cet égard voir l'article 60 sur la liberté de pensée, de conscience et de religion qui est une reprise pure et simple de l'article 9(1) de la CEDH.

¹⁷ Pour un couplage similaire au profit de la juridiction constitutionnelle, voir la constitution bulgare du 12 juillet 1991 et la constitution slovène du 23 décembre 1991.

¹⁸ Voir J.-P. Jacqué, Cours général de droit communautaire, Recueil des cours de l'Académie de droit européen, 1990 I-1, p. 277-1.

traditions constitutionnelles communs aux Etats-membres en tant que principes généraux du droit communautaire".

Autant dire qu'il serait, au vu de ce libellé, quelque peu téméraire de soutenir que désormais le droit matériel de la CEDH se trouve "in globo" incorporé dans le droit "communautaire". D'ailleurs, s'il devait en être de la sorte le statut en droit interne de la CEDH se trouverait sujet à révision dans divers pays (Grande-Bretagne, Allemagne, etc.).

Force est cependant de reconnaître que, d'un point de vue textuel, la formule des accords de Maastricht marque un saut qualitatif: la "constitution communautaire" érige les droits fondamentaux en source de légalité alors que précédemment le préambule de l'Acte unique concevait le respect des droits de l'homme comme un objectif constitutionnel. Ce dernier devait servir à l'interprétation des autres objectifs de la Communauté européenne ainsi qu'à soutenir la promotion des droits de l'homme par la Communauté (aussi bien à l'intérieur du Marché Commun que dans les pays tiers liés à la Communauté).

D'ailleurs, c'est sous la forme d'une norme programmatrice que le préambule de l'Acte unique se référait au respect des droits de l'homme: "... promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et les lois des Etats-membres, dans la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentaux et la Charte sociale...".

Malgré tout, l'option consacrée par les rédacteurs du Traité sur l'Union politique demeure très en-deça des prévisions de la résolution du Parlement européen du 12 décembre 1990 dite "Bases constitutionnelles de l'Union politique". S'inspirant notamment du projet de traité Spinelli de 1984 et du Livre blanc sur les droits et libertés des citoyens de 1988, la résolution préconise une Charte des droits qui ouvrirait le texte de la future constitution de l'Union européenne. Cette Charte, intégrant l'acquis communautaire et la déclaration des droits et libertés du Parlement européen du 12 avril 1989, emporterait unification des droits constitutionnels nationaux des droits de l'homme et du droit constitutionnel communautaire des droits de l'homme, dès lors que les droits et libertés reconnus

pèseraient à la fois sur les Institutions de l'Union et sur les Etats-membres.¹⁹

II. Les droits de l'homme, fondement de l'ordre européen.

L'aspiration à un ordre européen reposant sur le respect du droit - et des libertés individuelles - est ancienne. Mais pendant longtemps, elle est restée confinée au plan doctrinal.²⁰

Ce n'est qu'au cours des dernières lustres que l'esquisse d'un ordre européen fondé sur les droits de l'homme s'est progressivement précisée ... en droit positif, sous la forme d'un ordre transnational, fruit de la convergence des droits constitutionnels nationaux dans le domaine de la protection des droits fondamentaux²¹, mais aussi et surtout au travers d'un ordre supra national, façonné par les organisations européennes, pan-européennes et communautaires.

A. Les droits de l'homme, fondement d'un ordre pan-européen

A la contribution sans cesse enrichie du Conseil de l'Europe dans le cadre spécialement du la CEDH (1.), vient s'ajouter, depuis peu, celle de la CSCE (2.).

1. Les préambules de la Charte constitutive du Conseil de l'Europe et de la CEDH font des droits de l'homme un patrimoine commun à sauvegarder et à développer. De façon très significative, l'adhésion à la Convention européenne est devenue de facto une condition d'entrée au Conseil de l'Europe, conformément à la vieille revendication de l'Assemblée parlementaire. Sous peu, elle pourrait se transformer en exigence tout à fait officielle.²²

¹⁹ Unification partielle dans un premier temps dans le champ du droit "communautaire", unification totale vraisemblablement dans un second temps par le jeu de la contagion: l'Etat-membre pouvant difficilement pratiquer la dualité des normes en matière constitutionnelle.

²⁰ Voir par exemple le projet de paix perpétuelle de Kant à la fin du 18ème siècle.

²¹ Voir supra I.).

²² En ce sens la récente proposition de révision des articles 3 et 4 du Statut formulée par la Commission "ad hoc" pour la révision du Statut, approuvée par le Bureau de l'Assemblée parlementaire le 22 avril 1992.

En outre et surtout, la juridiction des organes de la Convention - au premier chef celle de la Cour - a été assimilée à une sorte de juridiction quasi-constitutionnelle²³, assurant la protection de règles s'imposant aux constitutions nationales... et donc dotées d'une valeur supra-constitutionnelle.²⁴ La thèse du caractère supra-constitutionnel des droits reconnus par la CEDH a d'ailleurs été très explicitement défendue par certains juges de la Cour de Strasbourg.²⁵

"... Comme je l'ai déjà dit en une autre occasion²⁶, la Convention européenne des droits de l'homme a pour objet et pour but, non pas de créer, mais de reconnaître des droits dont le respect et la protection s'imposent même à défaut de tout texte de droit positif.

Il faut admettre que, partout en Europe, ces droits lient le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire à titre de droit directement applicable et à titre de loi suprême du pays... nonobstant toute disposition contraire dans la constitution ou des lois de l'un quelconque des Etats".

Mais en définitive, l'on retiendra par priorité la consécration par la jurisprudence des organes de Strasbourg de la notion "d'ordre public européen". Utilisée par la Commission dès 1960²⁷, elle a dernièrement fait l'objet d'une formulation des plus expressives: en effet la CEDH est désormais qualifiée d'"instrument constitutionnel de l'ordre public européen dans le domaine des droits de l'homme".²⁸

²³ Voir E. García de Enterría, Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Mélanges Wiarda, 1988, p. 221; D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien 1990, p. 80.

²⁴ Voir à cet égard le point de vue imaginé de J.F. Aubert qui compare les garanties contenues dans la Convention à des morceaux de constitution planant au-dessus des constitutions des Etats: La Constitution, son contenu, son usage, précité, p. 97.

²⁵ En ce sens la position du juge De Meyer sous l'arrêt du 26 novembre 1991, Observer et Guardian c/Royaume-Uni, Série A n° 216, p. 44, texte ronéo.

²⁶ Opinion dissidente, Affaire Belilos, 25 avril 1988, Série A n° 132, p. 36.

²⁷ Aff. Autriche c/Italie, requête no. 788/60, Annuaire 6, p. 742.

²⁸ Déc. 4 mars 1991, Chrysomos et autres c/Turquie, RUDH 1991, p. 200-201.

Ensemble d'obligations objectives à charge des Etats²⁹, l'ordre public européen bénéficie d'une "garantie collective" au travers du droit d'ingérence reconnu de plein droit à chaque partie contractante (Article 24 de la CEDH) - ... et par l'intermédiaire aussi du droit de recours individuel.³⁰

2. Dès la conférence d'Helsinki de 1973-75 une partie importante des Etats-membres de la CSCE a envisagé, non d'ailleurs sans arrières-pensées tactiques, de promouvoir l'idée d'un ordre européen reposant sur le respect des droits de l'homme. Avec les mutations intervenues dans l'Est européen, la CSCE s'est résolument tournée - dans le cadre d'une politique de "soft-law", il est vrai - vers la promotion des droits de l'homme garants de l'Etat de droit et de la démocratie au plan interne... et d'un ordre européen au plan international.³¹

En l'occurrence, les rédacteurs de la CSCE manifestent d'ailleurs une volonté de valoriser certains droits de l'homme (liberté d'expression, liberté de manifestation, liberté de religion ..., c'est-à-dire somme toute de droits considérés comme particulièrement fondamentaux et essentiels dans la jurisprudence des organes de Strasbourg) non seulement en leur prêtant un rang de préséance, mais aussi en limitant leur caractère dérogeable (seules sont tolérées les dérogations compatibles avec les normes internationales communément admises en matière de droits de l'homme).

B. Les droits de l'homme, fondement d'un ordre communautaire

La protection des droits de l'homme ne faisait aucunement partie des objectifs originaux du Traité de Rome. Elle en est toutefois devenue partie intégrante depuis l'Acte unique, qui à vrai dire, se contentait de prendre acte du développement

²⁹ Voir sur ce point le célèbre passage de l'arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c/Royaume-Uni*.

³⁰ Sans doute ce droit d'action n'est-il accordé que facultativement, sans doute n'est-il aucunement l'équivalent d'une "actio popularis", mais la généralisation du droit de recours de l'article 25 et l'élargissement de la notion de victime autorisent une certaine participation de l'individu à la défense dudit ordre public. Voir intervention Tenekidès, in: *Démocratie et droits de l'homme*, Engel 1990, p. 42-43.

³¹ Voir sur cette question H. Tretter, *Réunion de Paris sur la dimension humaine de la CSCE et les droits de l'homme dans le document de clôture de la Réunion de Vienne adopté le 15 janvier 1989*, RUDH 1989, p. 287; J.-D. Vigny, *Le document de la Réunion de Copenhague de la Conférence sur la dimension de la CSCE*, RUDH 1990, n° 9, p. 305 s.

prétorien de la théorie des droits fondamentaux... et des déclarations des Etats et des institutions marquant dès la fin des années soixante-dix l'attachement des Communautés à la défense des droits de l'homme.

Cette dernière est devenue un élément central, et de plus en plus incontournable de l'action, pour ne pas dire de la politique, de la CEE. Cette évolution peut être illustrée par la place déterminante qu'occupe dorénavant l'exigence du respect des droits de l'homme pour ce qui est de l'adhésion (1.), en ce qui concerne la conduite des relations extérieures (2.), et plus particulièrement encore en tant que doctrine de reconnaissance (3.).

1. Le respect des droits de l'homme est à la fois une condition politique et juridique d'adhésion (et plus généralement l'appartenance) aux Communautés.

A cet égard, la Déclaration du Conseil européen du 8 avril 1978 lors du sommet de Copenhague est tout à fait parlante: "... le respect et le maintien des droits de l'homme... dans chacun des Etats membres constituent des éléments essentiels d'appartenance aux Communautés". Il en est de même de la position de la Cour de justice, pour qui l'obligation de souscrire à l'acquis communautaire comporte nécessairement acceptation des déclarations, résolutions et autres prises de position arrêtées d'un commun accord par les Etats-membres relativement aux Communautés européennes... et dont celles relatives à la protection des droits de l'homme.³²

2. Depuis peu, trois à quatre ans, la Communauté a manifesté une indéniable propension à vouloir "exporter" les impératifs d'un ordre européen fondé sur le respect des droits de l'homme.³³

Il est certain que l'Acte unique en évoquant, à propos des relations extérieures de la Communauté, le respect des droits de l'homme par les Etats-tiers, ou encore en

³² CJCE, 15 janvier 1986, Hurde K. Jones, Aff. 44/84, Rec. p. 291.

³³ Au début et au milieu des années quatre-vingt l'exigence "droits de l'homme" ne constituait encore aucunement une condition de "légitimité" de l'action extérieure de la CEE. Ainsi par exemple, en 1982 le Conseil des Ministres écarte la prétention du Parlement européen à vouloir dénoncer l'accord d'association avec la Turquie au motif que ce pays se rendait coupable de violations massives des droits de l'homme. De même ni la Convention de Lomé III (1985), ni le traité de coopération avec les membres du Traité d'intégration économique contre-américain (1985) ne lient l'exécution des engagements conventionnels (communautaires) au respect des droits de l'homme.

élargissant les prérogatives d'empêchement du Parlement européen dans le cadre de la conclusion des accords externes, a exercé un effet d'entraînement.³⁴

En l'espace de deux ans (1990-1991) vont se multiplier les déclarations et prises de position illustratives de ce que le respect des droits de l'homme était devenu un point cardinal des relations extérieures de la CEE. Attestent de ce changement de cap :

- les conclusions du Conseil européen de Dublin de juin 1990 relativement aux droits de l'homme et au *good governance* en Afrique;

- les conclusions du Conseil européen de Rome de décembre 1990 sur la promotion de la démocratie et des droits de l'homme dans les relations extérieures;

- les conclusions du Conseil du 19 décembre 1990 sur la politique méditerranéenne renouvée comportant une déclaration relative au respect des droits de l'homme et à la promotion des valeurs démocratiques;

- la "doctrine" diplomatique forgée par la Commission au printemps 1991 - document dans le cadre des travaux de la Conférence intergouvernementale sur l'Union politique.

Cette évolution a d'ailleurs été récemment entérinée par le Traité sur l'Union politique: le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales est textuellement (et conventionnellement) érigé en objectif de la politique étrangère et de la sécurité commune (article A(3) des "Dispositions relatives à la politique étrangère et à la sécurité").

Dans ces conditions, on peut s'attendre à une généralisation de la pratique de la "clause droits de l'homme" dans les accords externes de la Communauté.³⁵ On peut également s'attendre à la banalisation, en l'absence même de toute convention, de la pratique consistant à attribuer au droit communautaire, à des fins de protection

³⁴ Voir M. Zwamborn, *Human rights promotion and protection through the external relations of the European Community and the Twelve*, N.Q.H.R. 1989, pp. 11-27; J. Touscoz, *Action de la Communauté européenne en faveur des droits de l'homme dans les pays du Tiers-Monde*, in: *Les droits de l'homme et la Communauté européenne: vers 1992 et au-delà*, Colloque de Strasbourg, 21-22 novembre 1989, organisé par l'TUE de Florence.

³⁵ Pratique inaugurée pour les accords d'association, avec la Convention de Lomé IV et pour les accords commerciaux, avec le traité conclu avec l'Argentine en avril 1990; pour plus de détails voir R.M.C. 1992, pp. 91-83.

des droits de l'homme, un effet extra-territorial.³⁶

3. La manifestation la plus récente de la volonté "communautaire" de contribuer à la formation d'un ordre européen nous est fournie par la Déclaration des Ministres des affaires étrangères des "douze" du 16 décembre 1991. Destinée à fixer les conditions de fond auxquelles les nouveaux Etats, issus de l'ex-Union soviétique et de l'ex-Yougoslavie devront satisfaire pour être reconnus par un Etat-membre de la CEE, cette déclaration fait une place essentielle à l'exigence du respect des droits de l'homme et de la protection des minorités.³⁷

La mise en oeuvre de la nouvelle doctrine de reconnaissance d'Etat s'appuie sur l'assistance d'une Commission d'arbitrage appelée à donner un avis sur le respect par le nouvel Etat des conditions exigées.³⁸

Dans la mesure où l'expérience prouverait que le brevet de respect des droits de l'homme accordé au travers de la reconnaissance d'Etat est véritablement fiable, ledit brevet pourrait le cas échéant être pris en considération par le Conseil de l'Europe, appelé à statuer sur une demande d'admission, d'association ou d'invitation.

III. Les droits de l'homme, matrice d'un droit constitutionnel européen commun.

Evoquer l'existence d'un constitutionnalisme européen, voire la naissance d'un droit constitutionnel commun, pour l'essentiel fondés sur le droit des droits de

³⁶ Voir mutatis mutandis le précédent de l'application du code de bonne conduite aux entreprises des Etats-membres installées en Afrique du Sud.

³⁷ Voir H. Charpentier, Les déclarations des Douze sur la reconnaissance des nouveaux Etats, R.G.D.I.P. 1992, n° 2, pp. 344-356.

³⁸ Pour l'heure, la Commission a, semble-t-il, privilégié la condition relative à la protection des minorités s'agissant du standard de protection des droits de l'homme en général. En outre, son examen a davantage porté sur le respect des conventions de Genève sur le droit humanitaire, les conventions des Nations-Unies intéressant les droits de l'homme que sur celui de la CEDH. A l'occasion l'"autorisation" de reconnaissance qu'elle décernait a été assortie de réserves: l'Etat concerné - cas spécialement de la Croatie - étant invité à compléter sa constitution jugée trop imprécise relativement à la protection de certains droits fondamentaux.

l'homme (tant national qu'eupéen), constitue désormais une idée de voie de banalisation.³⁹

Certes il serait encore prématuré et abusif de parler d'une harmonisation des droits constitutionnels grâce aux (ou à cause des) droits de l'homme. Mais il est patent que ces derniers contribuent à une unification tendancielle des standards constitutionnels en Europe, et par voie de conséquence à une perte d'originalité des droits constitutionnels nationaux, à coup sûr dans le domaine de la "constitution-limite", mais aussi au-delà.

A. Les conditions de formation d'un corps constitutionnel commun en matière de droits de l'homme

Par le jeu d'emprunts unilatéraux ou réciproques, par suite de convergences fortuites ou délibérées, les différents systèmes, tant nationaux que supra-nationaux, de protection des droits de l'homme façonnent au travers de leurs jurisprudences d'application respectives un ensemble de principes et règles qui matériellement s'apparente à une charte constitutionnelle européenne des droits fondamentaux.

1. L'influence entre jurisprudences constitutionnelles nationales (considérées *inter se*)

Pour ne retenir qu'un seul exemple, optons pour celui du Tribunal constitutionnel espagnol qui a "lu" diverses dispositions de la constitution espagnole à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande (pratique relativement compréhensible dès lors que le constituant espagnol a largement puisé dans la loi fondamentale de Bonn). Tel a notamment été le cas pour la jurisprudence sur l'effet de *Dritwirkung* des droits fondamentaux.⁴⁰

³⁹ Voir par exemple Ph. Lavaux, Existe-t-il un modèle constitutionnel européen, Droits 1991, p. 55 s.; P. Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, précité, p. 261 s.

⁴⁰ Pour des explications complémentaires voir P. Bon, Les droits et libertés en Espagne, Eléments pour une théorie générale, in: Dix ans de démocratie constitutionnelle, CNRS 1991, pp. 42-43.

2. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les juridictions constitutionnelles nationales

L'"exportation" de la jurisprudence de Strasbourg vers les pays contractants se trouve naturellement facilitée par le fait que la constitution nationale consacre un droit fondamental dans des termes identiques (ou quasi-identiques) à ceux de la Convention. A fortiori, l'est-elle encore davantage lorsque le constituant prévoit que l'interprétation des droits constitutionnellement garantis se fera à la lumière des traités relatifs à la protection des droits de l'homme (en ce sens l'article 10 (2) de la constitution espagnole de 1978).

- La jurisprudence d'application de la CEDH constitue d'ailleurs un facteur d'orientation de l'interprétation du droit constitutionnel national, même lorsque le pays concerné n'est pas formellement lié par la disposition interprétée par les instances de Strasbourg.⁴¹

- En ce qui concerne les réceptions très apparentes de la jurisprudence de la Cour européenne, il est, entre autres, possible de citer l'exemple de l'article 5 (4) - droit de toute personne détenue à un tribunal qui statuera sur la légalité de sa détention. Diverses juridictions "constitutionnelles" (Tribunal constitutionnel espagnol, Cour suprême norvégienne, Tribunal fédéral suisse) ont infléchi leurs solutions afin de les mettre en conformité avec celles de la Cour de Strasbourg.⁴²

Schématiquement, l'influence de la jurisprudence de Strasbourg s'exerce à une triple point de vue.

⁴¹ A cet égard voir la décision du Tribunal fédéral suisse du 24 novembre 1990 relative au droit de suffrage féminin dans le canton d'Appenzell (R-I). La disposition refusant le droit de vote aux femmes au plan cantonal a été certes censurée sur le terrain du seul droit constitutionnel fédéral, mais l'interprétation de celui-ci n'a pas pu ne pas tenir compte des exigences de l'article 3 du protocole additionnel à la CEDH, alors même que la Suisse n'a pas encore ratifié celui-ci.

⁴² Sur le phénomène d'exportation et d'importation voir de manière plus générale: M.A. Eissen, L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in: D. Rousseau et F. Sudre (Dir.), Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, 1990, pp. 137 s.; M.A. Eissen, Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme: leur influence mutuelle, R.T.D.H. 1991, n° 6, pp. 171 s.; J. Rideau, L'influence réciproque des jurisprudences de la Cour de justice des Communautés européennes, de la Cour européenne des droits de l'homme et des Cours constitutionnelles en matière de droits fondamentaux, in: Cours constitutionnelles et droits fondamentaux, IIIème colloque international d'Aix-en-Provence, 1991, pp. 4-7.

D'abord quant aux techniques de contrôle: ainsi le recours par le Conseil constitutionnel français en principe de proportionnalité doit, pour partie au moins, à l'usage fait par la Cour européenne de cette technique de contrôle. Tel est le cas notamment des solutions dégagées en matière de sanctions administratives⁴³ voire aussi en matière de financement des partis politiques.⁴⁴

Ensuite pour ce qui est de la valeur respective des droits fondamentaux: en consacrant des libertés de premier rang ou essentielles les juridictions constitutionnelles de pays, qui se refusent par principe à envisager toute hiérarchisation entre les normes constitutionnelles - France et Suisse tout spécialement -, n'ont peut-être pas été totalement insensibles à la politique de valorisation de certains droits développés par la Cour européenne.⁴⁵

- Enfin s'agissant de la nature des droits fondamentaux: la reconnaissance d'un droit par la CEDH est jugée à l'occasion d'une importance telle qu'elle entraîne la constitutionnalisation dudit droit dans le cadre du droit interne.⁴⁶

3. L'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur la jurisprudence de la Cour de Luxembourg

L'élaboration de la théorie communautaire des droits fondamentaux a beaucoup emprunté (bien qu'implicitement le plus souvent) aux décisions de la juridiction de Strasbourg. La question n'est pas trop connue pour être reprise ici.⁴⁷ Tout au plus pourrait-on observer que la jurisprudence de la CJCE, tout en conservant à la CEDH sa qualité de simple source d'inspiration, semble ces derniers temps

⁴³ Voir B. Genevois, note sous C.C., 28 juillet 1989, déc. n° 89-261, DC, R.F.D.A. 1989, n° 4, p. 691 s.

⁴⁴ Voir L. Pavia, L'existence du pluralisme, fondement de la démocratie, *Rév. adm.* 1990, p. 323.

⁴⁵ Sur les rapports entre droit des droits de l'homme et hiérarchisation des règles constitutionnelles, voir A. Häfliger, La hiérarchie des normes constitutionnelles et son rôle dans la protection des droits de l'homme, *R.U.D.H.* 1990, p. 287.

⁴⁶ En ce sens la position du tribunal fédéral qualifiant les droits de la CEDH de droits constitutionnels par nature, voir par exemple l'arrêt F. du 18 octobre 1984 cité par la Cour européenne dans son propre arrêt F c/Suisse du 18 décembre 1987, Série A n° 128, § 17.

⁴⁷ Voir notamment J.C. Bonichot, L'application de la CEDH par les juridictions nationales, par l'intermédiaire de la CJCE, *R.U.D.H.* 1991, n° 7-9, pp. 318-321.

soucieuse de davantage de précision dans les références ou renvois faits à la convention de Rome.⁴⁸

De même, mériterait également attention la "distorsion" que peut subir, lors de sa réception dans l'ordre juridique communautaire, un droit garanti par le droit de la CEDH: la prise en compte par la Cour de justice des objectifs de la Communauté a pour effet de revoir "à la baisse" le standard de protection garanti par la jurisprudence de Strasbourg.⁴⁹

Enfin, la politique jurisprudentielle suivie par la Cour de Justice en matière de droits fondamentaux n'est pas toujours garante de "prévisibilité" pour le justiciable, et ce alors même que le principe de la sécurité juridique constitue un principe général du droit communautaire, mais sans nul doute non opposable à la Cour elle-même: ainsi dans l'affaire 326/88 *Anklamyndigheden c/Hansen 818 & Sons I/S* qui soulevait à l'évidence le problème de la violation du principe *nulla poena sine lege*, elle refuse de prendre parti sur la qualité de droit fondamental de ce principe.

4. L'influence de la jurisprudence de Luxembourg sur la jurisprudence de Strasbourg

Dans la mesure où droit communautaire et CEDH font usage de notions identiques ou analogues, les organes de Strasbourg prennent en compte de façon plus ou moins diffuse la signification prêtée à ces notions par la Cour de Luxembourg.⁵⁰

Mais il est également arrivé que la Cour européenne des droits de l'homme procède à la réception très explicite d'un principe général du droit communautaire: ainsi dans son célèbre arrêt *Marckx* de 1981, elle a fait référence au principe de la

⁴⁸ Voir par exemple CJCE, 13 novembre 1990, H.M. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food ex parte Fedesa, Aff. C - 331/88. A propos du principe de non rétroactivité en matière pénale, mention expresse est faite de l'article 7 de la CEDH.

⁴⁹ Ainsi s'agissant de la protection du domicile professionnel, comparez l'arrêt Cour européenne des droits de l'homme du 30 mars 1989, *Chapell*, Série A n° 152, et l'arrêt de la CJCE du 17 octobre 1989, *Dow Chemical Iberico*, Aff. jointes 97+98+99/87, *Clunet* 1990, n° 2, pp. 480 s. avec observations critiques par V. Constantinesco et D. Simon; voir également les remarques de J.C. Bonichot, précité, p. 323, note 47.

⁵⁰ Sur l'ensemble de cette question voir M. Mendelson, *Les incidences du droit communautaire sur la mise en oeuvre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, *Dossiers droits de l'homme*, n° 6, 1984.

sécurité juridique défini comme il l'avait précédemment été par la CJCE dans l'arrêt Defrenne II de 1976.

5. L'influence de la jurisprudence constitutionnelle nationale sur la jurisprudence de Strasbourg

Selon M.A. Eissen, observateur éclairé de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg "importerait" moins qu'elle "n'exporterait". En l'espèce, le déséquilibre des flux s'expliquerait non seulement par la politique de l'"interprétation autonome" pratiquée par les organes de la Convention, mais aussi, plus accidentellement il est vrai, par des considérations documentaires, à savoir l'ignorance de la jurisprudence constitutionnelle nationale.⁵¹

Parmi les apports des solutions nationales, on peut néanmoins mentionner la distinction entre les discriminations contraires à l'article 14 et les différenciations légitimes au regard de l'article 14⁵² ou encore le principe de l'intangibilité de la substance même des droits, ainsi que celui de l'accessibilité et de la prévisibilité de la loi.⁵³

6. L'influence de la jurisprudence de Luxembourg sur la jurisprudence constitutionnelle nationale

En remettant le respect du droit communautaire par le droit national aux juridictions ordinaires, les Cours constitutionnelles nationales ont limité les possibilités de prise en compte des droits garantis par le système communautaire au regard des systèmes nationaux de protection constitutionnelle.⁵⁴

⁵¹ En ce sens voir l'exemple très typique relevé par M.A. Eissen, Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme, précité, p. 171.

⁵² Pour plus de détails voir M.A. Eissen, L'interaction des jurisprudences constitutionnelles..., précité, p. 145.

⁵³ Sur ce dernier point voir Tribunal fédéral suisse, Arrêts du 31 mars 1965, ZBI 1985, p. 322 s., et du 4 février 1976, ATF n° 102, Ia, p. 138 s.

⁵⁴ Voir J. Rideau, L'influence réciproque des jurisprudences..., précité, p. 7.

Pourtant, une telle prise en considération n'est aucunement hypothétique, ainsi qu'en témoigne la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. Récemment, ce dernier a en effet été amené à lire le principe de l'égalité d'admissibilité des citoyens aux emplois publics inscrit à l'article 6 de la Déclaration de 1789 à la lumière de l'article 48 du traité CEE, tel qu'il avait été interprété par la CJCE.⁵⁵

Peut-être pourrait-on également conclure à l'existence d'un lien de "filiation", d'une part entre la méthode de conciliation entre droits fondamentaux et objectifs du traité (et/ou principes structurels de la Communauté) dégagée par la Cour de Luxembourg à partir des années 1970⁵⁶, et d'autre part la méthode conciliation entre libertés constitutionnelles et objectifs de valeur constitutionnelle pratiquée par le Conseil constitutionnel depuis le début des années 1980.

7. L'influence de la jurisprudence constitutionnelle nationale sur la jurisprudence de Luxembourg

Cette influence est particulièrement marquée dans la jurisprudence de la Cour de justice relative aux droits fondamentaux qui s'inspire, pour partie importante, des principes constitutionnels communs aux Etats-membres c'est-à-dire en fait tels qu'ils se dégagent des jurisprudences constitutionnelles nationales. Il va de soi que certaines d'entre elles ont joué (et jouent encore) un rôle plus essentiel que d'autres dans le développement jurisprudentiel du système communautaire de protection des droits fondamentaux: sans conteste tel a été le cas de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe. En l'occurrence, il faut d'ailleurs souligner l'effet retour salutaire qu'a exercé sur la juridiction de Luxembourg, la jurisprudence "Solange I".

Si la prise de connaissance de la jurisprudence constitutionnelle nationale a pu poser quelques difficultés "documentaires" à la Cour de Strasbourg, il semble qu'il en a été de même pour la Cour de justice, du moins si l'on s'attache aux solutions consacrées en 1989 en matière de visites domiciliaires dans des locaux professionnels et commerciaux. On peut difficilement croire que ces solutions ont été arrêtées en pleine connaissance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel

⁵⁵ Décision n° 91-293 du 27 juillet 1991, Loi relative aux conditions d'accès à la fonction publique.

⁵⁶ Arrêt du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft.

français traitant de la même question.⁵⁷

8. Les influences croisées entre les jurisprudences nationales, de Luxembourg et de Strasbourg

En général, le phénomène des influences croisées est plutôt difficile à appréhender dans la mesure où bien souvent les processus de réception et de "ré-exportation" ne sont ni suffisamment décalés dans le temps, ni suffisamment "parlants" sur le sens exact du lien de filiation.⁵⁸ Toutefois il est malgré tout possible de mentionner un cas de figure tout à fait topique: il a trait à une jurisprudence constitutionnelle nationale (ou plusieurs) qui influence(nt) la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, qui elle-même influence à son tour d'autres Cours constitutionnelles.⁵⁹

B. Les retombées du corpus constitutionnel commun en matière de droits de l'homme sur la physionomie du droit constitutionnel européen

Au plan national la "constitution limite" a souvent fini par infléchir l'économie et surtout la philosophie du droit constitutionnel institutionnel. Au plan européen, l'omniprésence, voire à certains égards l'impérialisme du droit des droits de l'homme, contribue à pré-déterminer très largement la physionomie du futur droit constitutionnel européen commun, d'une part en valorisant la démocratie parlementaire (1.), d'autre part en marginalisant la démocratie référendaire (2.).

⁵⁷ Voir sur ce point L. Favoreu, La justice constitutionnelle comme élément de construction de l'ordre juridique européen, in: Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, n° 250-1991, p. 37.

⁵⁸ Ainsi par exemple la conception allemande de l'atteinte à la substance d'un droit a été "requise" plus ou moins concomitamment au milieu des années soixante-dix par les jurisprudences de Luxembourg et de Strasbourg, de telle sorte qu'il est impossible de vérifier si l'une des deux Cours européennes ne se serait pas inspirée de la jurisprudence de l'autre, ou si toutes deux ont puisé directement et en toute autonomie l'une par rapport à l'autre, dans le droit constitutionnel allemand.

⁵⁹ En ce sens l'exemple cité par M. A. Eissen, Cours constitutionnelles nationales et européenne des droits de l'homme, précité, p. 174-175: la technique de distinction entre traitements légitimes et non légitimes au regard de l'article 14 de la Convention, "importée" de certaines jurisprudences constitutionnelles nationales, sera, après avoir été consacrée par l'arrêt rendu dans l'affaire linguistique belge, reprise par diverses juridictions constitutionnelles, à savoir celle de Chypre, d'Espagne, de Suisse et de Belgique.

1. La valorisation de la démocratie parlementaire

De prime abord, cette affirmation peut sembler quelque peu paradoxale. En effet dans le cadre étatique, les droits européens (communautaire et de la Convention européenne) ont porté atteinte à l'"équilibre" classique de la démocratie représentative.

Entre autres, il suffira de mentionner le désaisissement (plus ou moins marqué) des Parlements nationaux par les exécutifs au travers au premier chef du Conseil des Ministres de la CEE ou encore l'encadrement de l'activité des Parlements par les instances de Strasbourg.

Pourtant, la valorisation du système constitutionnel "démocratie parlementaire" est éclatante, en particulier dans le cadre de la Communauté européenne et du Conseil de l'Europe. Un tel système constitutionnel est érigé en modèle à suivre par les Etats-membres de ces organisations, mais aussi par les Etats non membres, candidats déclarés ou potentiels à l'adhésion.⁶⁰ La promotion de ce modèle constitutionnel est très étroitement (voire même de façon quasi-indissoluble) liée au respect des droits de l'homme.⁶¹

Le caractère presque monopoliste du modèle de la démocratie parlementaire se trouve d'ailleurs renforcé en ce que dans le cadre communautaire, légitimité démocratique est presque systématiquement assimilée à légitimité parlementaire. Dans ces conditions, il n'est nullement surprenant que le déficit démocratique des Communautés soit compris comme un déficit parlementaire. Cette problématique est trop connue pour être reprise ici. Observons malgré tout que la "parlamentarisation" à outrance ne constitue pas nécessairement la panacée universelle en matière de démocratisation du système institutionnel communautaire.⁶² Encore que l'on puisse comprendre les motivations tactiques ou stratégiques qui sous-tendent un tel militantisme "pro-parlementaire". En tout état de cause, force est de reconnaître

⁶⁰ Sur l'extension en Europe de la démocratie parlementaire, parfois qualifiée de démocratie rhénane, voir Ph. Lauvaux, Existe-t-il un modèle constitutionnel européen?, Droits 1991, p. 49 s.

⁶¹ En ce sens voir notamment la Déclaration du Conseil européen de Copenhague en date du 8 avril 1978 - la résolution du 28 novembre 1991 du Conseil et des Etats-membres réunis au sein du Conseil sur les droits de l'homme, la démocratie et le développement.

⁶² Contra G. Ress, Über die Notwendigkeit der parlamentarischen Legitimierung der Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaft, in: W. Fiedler/G. Ress (Hrsg.), Verfassung und Völkerrecht, Gedächtnisschrift für W.K. Geck, 1989, pp. 625 ss.

que les réformes institutionnelles récentes privilégient, en particulier dans une perspective de défense des libertés des citoyens communautaires, le modèle parlementaire.⁶³

2. La marginalisation de la démocratie référendaire

Ni les organes de la CEDH, ni les instances communautaires n'ont manifesté d'attention particulière à l'égard des droits populaires, en tant que composante d'une "société démocratique".⁶⁴ Un tel désintérêt s'explique par des raisons techniques et par des considérations psychologiques.

Dans le cadre des droits constitutionnels nationaux et du droit européen, les droits de l'homme, du moins les plus fondamentaux, ont donné naissance, toutes proportions gardées, à une sorte de supra-constitutionnalité réputée s'imposer au pouvoir constituant populaire.⁶⁵

A vrai dire, ce qui pénalise surtout la démocratie référendaire, c'est sa mauvaise image de marque: les défenseurs des droits de l'homme craignent les pulsions liberticides du corps électoral. Il est de fait qu'elles existent même dans les pays, rares il est vrai, qui pratiquent une démocratie référendaire non plébiscitaire. Encore conviendrait-il de remarquer que la mise sur pied d'une justice constitutionnelle pourrait servir de garde-fou, sans pour autant porter atteinte à la substance même des droits populaires.

Mais, comme se plaisait à dire Kipling, *"ceci est une autre histoire"*.

⁶³ Voir à cet égard le droit de pétition (A 138 D) et le médiateur parlementaire (A 138 E) créés par le traité sur l'Union européenne.

⁶⁴ En ce qui concerne les secondes, on notera simplement que la thématique démocratie référendaire a toujours été absente des réflexions et des travaux sur le renforcement de l'intégration communautaire. S'agissant des premières, on se contentera de mentionner le refus d'interpréter de manière constructive la notion de "corps législatif" figurant à l'article 3 du protocole additionnel, de sorte à rendre cette disposition applicable aux scrutins référendaires décisifs.

⁶⁵ Ainsi même, la doctrine suisse évoque, à l'occasion l'existence d'un "droit de résistance" aux révisions constitutionnelles, même populaires, contraires aux droits fondamentaux: le Parlement fédéral ayant de *lege ferenda* pouvoir d'empêcher le vote d'une initiative populaire contraire aux droits fondamentaux les plus essentiels - voir A. Häfliger, La hiérarchie des normes constitutionnelles..., précité, RUDH 1990, p. 287.